Avocats & Solicitors
Franchising, Licensing & Multi-Channel Strategies

Article for Fundamentals of Franchising Europe

Fundamentals of Franchising Europe

Article written by Gilles Menguy for Fundamentals of Franchising Europe

Edited by: Robert A. Lauer and John, Pratt

American Bar Association: Forum on Franchising

Franchising in Lebanon

Lebanon has a fast-growing economy. Its private sector contributes to over 75% of the aggregate demand, with a large banking sector supporting it. The Lebanese economy is service-oriented (amounting to over 70% of its economy), the main growth sectors include construction, tourism and financial services. There are no restrictions on foreign exchange and capital movement. Lebanon is in fact largely oriented towards foreign exchanges: the limited size of the Lebanese market and poor natural resources endowment imposing a liberal commercial policy. The Lebanese economy is thus characterized by a high level of importations and a substantial trade deficit, these deficits being counterbalanced by foreign income earnings.

I. The Lebanese Economy

Lebanon has the highest GDP per inhabitant in the Middle-East after Israel, the Lebanese average income levels has been classified by the World Bank as “Upper-middle income”.

After having attained an average GDP growth of 8% a year from 2006 to 2011, the Lebanese GDP fluctuates since 2011between 1.5 and 2.5% a year: the geopolitical situation, and in particular the conflict between Israel and the Hezbollah in 2006, regional political instability such as the Syrian conflict which has led to a mass influx of Syrian refugees, and Lebanon’s current political instability (Lebanon has no President of the Republic since May 2014) have affected directly Lebanon’s economy. However, despite this situation, the Lebanese private sector remains resilient to these political crisis, and even though the Lebanese economy has slowed down, the number of unpaid debts remains very small.

Since 2007, foreign trade is in constant growth. Importations in Lebanon in 2013 have amounted to 21.2 billion USD, and exportation to 3.9 billion USD. The European Union is Lebanon’s first trading partner, and France is Lebanon’s second-ranked supplier after China, with a market share of 8.5%.

As for investments in Lebanon, foreign direct investments have amounted to over 2.8 billion USD in 2013, bringing the overall stock of foreign direct investments in Lebanon to over 56 billion USD. Aside from Arabic countries, France is one of the first investors in Lebanon, the total stock of French direct investments amounting in 2013 to 368 million euros.

Lebanon has signed an Association Agreement with the European Union in June 2002, which entered into force in April 2006, creating a free trade zone for industrial and agricultural products, services and investments.

II. Franchising in Lebanon

Most international retailers and restaurant chains can be found in Lebanon today. Lebanon constitutes a historical bridge between the occidental and the oriental worlds and cultures, and often constitutes an excellent access point in the Middle-East, and in particular for French companies. The particularities of Lebanon reside also in the existence of the Lebanese diaspora, with over 8 million Lebanese migrants who expect finding the brands and restaurants one has access to in their respective countries when returning to their country of origin.

It is also worth noting that Lebanon is the only country in the Middle-East which creates and exports franchised concepts throughout the Arabic world.

Franchising in Lebanon has known a significant development these last fifteen years. In 2006, the Lebanese Franchise Association was created. It counts today 138 members (which amounts to 20% of the sector professionals). A partnership agreement between the French Franchise Federation and the Lebanese Franchise Association was concluded on 7 February 2007, under which the French Franchise Federation committed to bringing its support and its experience to the franchise sector in Lebanon

The number of franchisees has been multiplied by 4.5 since 2006. According to the Lebanese Franchise Association, the total number of professionals in the franchising sector as of March 2014 has been assessed to the number of 745, divided into 445 franchisee companies and 300 franchisors operating in the Near and Middle-East and in Africa.

Companies in this sector represent a total of 6% of the companies operating in Lebanon, with a total of 1,100 concepts and 5,500 points of sale. 44% of franchisors are European, 38% American and Canadian, 13% Lebanese, 9% Asian and 4% from the Gulf countries.

Most franchised concepts in Lebanon originate from Lebanese investors, and many Lebanese franchisors are also master franchisees or franchisees of European brands. 51% of the Lebanese franchisors are also franchisees for foreign brands and 38% of them export their own concepts in the Near and Middle-East. Franchises in Lebanon cover most sectors: restaurants (22%), hotels, the wellness sector and banking (13%), the jewelry sector (13%), retail (13%), fast-foods (11%), cafés (9%) and the sector of chocolates (9%).

The franchise sector represents a turnover of 1.5 billion USD, which amounts to 4% of the GDP. This sector generates over 100,000 jobs, which represents 9% of the total workers in Lebanon.

III. The law regarding franchising in Lebanon

A. Lebanon has no specific legislation regarding franchising

Lebanese law does not provide for specific regulations regarding franchising, and therefore does not provide with a specific definition of franchising and of franchise agreements.

Lebanon has however enacted specific regulations regarding commercial agencies and exclusive distribution, with the Decree-Law No. 34/67, and due to the broad definition given to commercial agencies and the common economic role they share with franchising, franchise agreements may be qualified by Lebanese Courts as commercial agency agreements.

The Decree-Law No. 34/67 provides for extensive protection and mandatory rules so as to safeguard local commercial agents. Under Article 1§1, a commercial agent is defined as:

> *"the mandatory who undertakes, within the framework of his usual and independent profession and without being bound by an employment contract, any necessary negotiations of sale and purchase, hire or provision*

of services, and if need be, carries on such activity in the name of producers or merchants and for their account."

Article 1§2 provides for an extensive definition of commercial agents as follows:

"The merchant who, on his own account, sells what he purchases according to a contract which gives him the quality of sole and exclusive representative or distributor, shall be considered as a commercial agent."

Exclusive distributors are therefore considered as commercial agents under this Decree-Law, and are subject in consequence to the following mandatory rules:

1- Right for compensation based on wrongful termination by the principal or by its refusal to renew the agreement upon its expiration;

2- The right to stop the import of products object of the local commercial agent's representation in the territory, or the right to request the seizure of such products until the principal executes any final judgments issued against him under the Decree-Law.

3- The mandatory application of Lebanese law and jurisdiction of Lebanese Courts, notwithstanding any contractual choice of law and of forum, which would be considered as void.

The main question for foreign franchisors is therefore whether or not the principles of freedom of trade and of contract would apply to their franchise agreements and whether or not a contractual choice of law and of forum would be enforceable in Lebanon. Local merchants may under such Decree-Law attempt to base any claim on the Decree-Law when their contractual relationship permits any likeness with commercial agencies and exclusive distributors.

However, the Beirut Court of Appeal, in a Decision No. 1106/2009 dated 30 July 2009, defined franchise agreements as follows:

1- The grant of a right to use a trademark and/or a trade name in connection with the manufacturing and/or the distribution of products and/or services;

2- The transfer of a certain know-how from the franchisor to the franchisee;

3- Cooperation between the parties.

Franchise agreements should therefore be excluded from the scope of the Decree-Law.

B. The Code of Ethics enacted by the Lebanese Franchise Association

The Lebanese Franchise Association has enacted a Code of Ethics under which it is provided that its members are subject, in particular, to a disclosure obligation as follows:

"In order to allow prospective Individual Franchisees to enter into a binding document with full knowledge, they shall be given a copy of the present Code of Ethics as well as full and accurate written disclosure of all information material to the franchisee relationship, within a reasonable time prior to the execution of these binding documents."

The Code of Ethics provides also with the essential minimum terms which must be stipulated in a franchise agreement as well as an obligation to draft or to have translated such agreements as well as all agreements in connection with the franchise agreement into *"the official language of the country of the Individual Franchisee is*

established in".

This Code applies to the Franchisor/Franchisee and to the Master Franchisee/Franchisee relationships but not to the Franchisor/Master Franchisee relationship.

C. As for Trademarks

Registration of Trademark in Lebanon is made in the Intellectual Property Bureau which depends on the Ministry of Economy.

Marc Berbérian, Avocat

The Reform of franchising in Australia: introduction of the new Franchising Code of Conduct

The new Franchising Code of Conduct *(Competition and Consumer (Industry Codes – Franchising) Regulation 2014 (Cth) (Franchising Code of Conduct)* was enacted on 30 October 2014 and entered into force on 1 January 2015, replacing the 1998 Franchising Code of Conduct.

Apart from certain provisions which are expressly excluded or with transitional arrangements, the new Code applies to all conducts occurring on and after 1 January 2015 and not only to franchise agreements executed or renewed after that date.

Three major changes retain our attention:

– The implementation of a general duty to act in good faith, which is however not expressly defined and which is in our views merely a codification of the existing case law.

– New disclosure obligations, with the removal of the "double disclosure" obligation imposed on master franchise systems, under which franchisors are no longer required to provide disclosure documents to sub-franchisees.

– Amended dispute resolution rules, under which franchise agreements signed on or after 1 January 2015 cannot contain a clause which requires mediation or proceedings to be brought outside Australia or outside of where the franchised business is located.

The reform introduces as well new civil penalties, rules in relation to marketing funds and capital expenditure, new record keeping obligations and restrictions on restraint of trade rules.

Marc Berbérian, Avocat

Comment négocier sa franchise pour s'installer aux USA ? Partie 2

COMMENT NÉGOCIER SA FRANCHISE POUR S'INSTALLER AUX USA ? (PARTIE 2)

Une fois le système de franchise choisi, il reste une deuxième partie du travail qui doit être réalisé : négocier les conditions juridiques de la franchise.

Au moment de la négociation du contrat franchise, franchiseur et franchisé sont face à face.

Ils veulent tous les deux aboutir à la signature du contrat.

Comment faut-il mener cette négociation ? Des points clés doivent être discutés.

Le premier point concerne les *« economics »* : quel droit d'entrée ? Quelle royaltie ?

Concernant le droit d'entrée, il est généralement fixe et non négociable. Il représente le droit à la marque pour la durée du contrat et couvre en général les services initiaux d'assistance et de formation du franchisé. Il faut bien s'en assurer et qu'il n'y ait pas de faux frais cachés.

Pour la royaltie, le franchiseur doit fixer la royaltie en fonction des services qu'il propose au franchisé. Le franchisé pour sa part doit s'assurer que ce qu'il paie au franchiseur sera couvert a minima par les royalties payés et qu'il n'y a pas de frais cachés.

Le deuxième point est relatif au territoire contractuel : quel territoire ? L'écueil principal en la matière est l'excès de confiance du franchisé qui souhaite obtenir le territoire le plus important possible. Or, plus le territoire est vaste plus l'effort est conséquent.

Le troisième point concerne l'obligation d'exclusivité d'activité : il est courant que le franchisé soit contraint de respecter une exclusivité d'activité. En clair il n'a pas le droit d'exploiter une autre activité, concurrente ou pas.

Le quatrième point concerne les prix de revente aux consommateurs, la vente par internet et la politique d'achats : pour nombre de franchiseur, exiger la fixation de prix que le franchisé devrait impérativement respecter serait le rêve ! Il demeure que cette pratique est interdite au sein de l'UE et également aux USA. Dès lors, le sujet des prix est traité par le biais de la politique des prix recommandés, admise en droit.

Quant à la vente par internet, ce sujet doit impérativement être traité par les parties dans le contrat de franchise au risque de faire naître le chaos au sein du réseau.

Le cinquième point est lié au niveau de soutien du franchiseur : le succès d'un système de franchise est lié au niveau d'engagement du Franchiseur. Il est faut être attentif à l'envoi de formateurs au moment de la naissance de la relation, l'envoi d'animateurs au cours de l'exécution du contrat, l'existence d'une hotline.

Le sixième point est relatif à l'obligation d'approvisionnement et à la négociation commerciale: le Franchiseur peut être directement chargé de fournir les services et produits et il agit alors comme centrale d'achats. Alternativement, le Franchiseur agit comme centrale de référencement.

Dans tous les cas, le contrat doit prévoir avec clarté le sort des remises, rabais et ristournes et/ou des services facturés aux fournisseurs.

Le septième point concerne la durée du contrat : ce sujet est souvent mal compris en pratique. Le point essentiel est de disposer d'une durée suffisante au titre du contrat de franchise pour amortir l'investissement.

Ceci étant dit, et si le concept ne prend pas ? La règle est que le franchisé ne peut pas « sortir » du contrat du seul fait que cela ne marche pas. Il commettrait une faute contractuelle. Divers ajustements sont possibles en particulier en début de contrat afin d'organiser soit une intensification progressives des relations contractuelles, soit une faculté anticipée de sortie du contrat. La plupart des rédacteurs sont réticents à mettre en place ce type de dispositif contractuel.

Le huitième point est relatif au marketing et à la communication : le Franchiseur doit conserver un contrôle étroit sur la politique de communication et la stratégie marketing de la marque et du réseau.

De nombreux réseaux ont brutalement chaviré du fait d'un incident de communication qui a eu des effets désastreux auprès du public et des consommateurs. Il en va donc de la sécurité économique de tous les membres du réseau.

Il demeure que le franchisé devra concrètement exécuter ces politiques sur le territoire au nom du Franchiseur.

Le neuvième point concerne la loi applicable et le tribunal compétent : Cette clause est actionnée lorsqu'il existe un différend si grave qu'il n'y a pas d'autre solution que d'entamer un procès. Dans 99% des cas, si un différend survient, il trouvera son origine dans un manquement local du franchisé ou d'exécution par le franchiseur de ses obligations. Quel que soit le choix, pour le franchisé il est préférable que la loi et le tribunal soient intelligibles pour lui et si possible situés dans l'Etat dans lequel il va exploiter la franchise.

Ces éléments sont suffisamment complexes pour justifier de faire appel à un conseil car il ne faut pas oublier que le franchisé s'engage pour 5 ou 10 ans !

Avril 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Comment acheter une franchise pour s'installer aux USA ? Partie 1

COMMENT ACHETER UNE FRANCHISE POUR S'INSTALLER AUX USA ? LES CONDITIONS PRÉALABLES D'UN CHOIX ÉCLAIRE (PARTIE 1)

Les USA sont une terre de choix pour la franchise. Un dollar sur trois dans le domaine du retail est dépensé dans un système de franchise. Comment en tirer avantage ? Il existe quelques principes à suivre si un candidat à

l'immigration souhaite investir en franchise pour faciliter son installation aux USA.

La première question à se poser est celle du choix de la franchise. A priori il n'est pas facile à faire. Il existe des milliers de concept. Il y a des dizaines de broker dont la raison d'être est de vendre des franchises à des candidats. Un salon de la franchise se tient tous les weekends dans le monde : il y a celui de Paris, de New-York, de Las Vegas et tant d'autres. Les magazines sont légion. Les plateformes de franchise sur le web sont nombreuses.

L'expérience révèle que les conditions d'un bon choix sont au nombre de quatre.

En premier lieu, et ceci doit s'imposer à chacun, de **quel budget** disposez-vous ? il est tentant de rechercher des franchises de type BURKER KING ou KFC, marque mondialement notoires, mais le coût d'entrée au sens large est élevé et n'est pas habituellement à la portée de tous.

Sachez donc de quelle somme vous disposez, tant en fonds propre que votre capacité d'emprunt.

En second lieu, il est recommandé de passer du temps à **comprendre l'écosystème de la franchise**. Cela signifie précisément d'aller au contact de tous les acteurs : salons, brokers, magazines, conseils en tout genre. La franchise est en effet, au-delà d'une activité commerciale pour le franchisé, un vrai *« way of life » :* la franchise se caractérise par une culture très ouverte dont les mots d'ordre sont liberté, « *partnership* » et compétition et, en même-temps, il existe aussi des charlatans qui abusent de la situation d'asymétrie d'informations avec le candidat à la franchise, par nature un néophyte.

En un mot : éduquez-vous sur la franchise !

En troisième lieu, **connaissez-vous vous-même**. Cette condition peut paraître curieuse. Cependant elle se vérifie à chaque fois. Ainsi une personnalité aimant la prise d'initiative aura du mal à se mouvoir dans un concept de franchise très dirigiste. Une personne très disciplinée ne sera pas le meilleur profil pour un jeune concept dont les structures sont encore assez fragiles et qui ne pourra pas accompagner le franchisé qui en sera très frustré. Ici, en général les franchiseurs ne sont pas outillés pour déceler l'adéquation entre la culture de leur franchise et le profil psycho-social du candidat.

Faire une analyse de sa personnalité et de son parcours en examinant cela sous l'angle d'un profil en franchise : voilà un travail que vous seul pourrez et devez faire.

En quatrième lieu, il faut **choisir entre une franchise américaine ou non américaine**. En cas de choix d'un concept américain, le procès est assez bordé : vous rentrer dans la mécanique américaine, classique. Il existe aussi de nombreux concepts non américains, européens en particulier, qui se développent aux USA. Ils sont plus enclins à échanger avec un candidat non américain, par affinité culturelle. Le risque est de choisir un concept qui serait arrivé trop récemment sur le territoire américain et donc pas assez éprouvé. Réciproquement, le concept non américain pourrait être réservé du fait que le candidat n'est pas américain et aura donc moins d'expérience du marché cible.

Le bon choix, a ce stade, serait d'identifier la sous-niche en franchise des concepts présents aux USA et qui ont fait le choix d'accueillir comme franchisé des non américains. Dans ce cas, la conjonction à tout le moins des intérêts serait parfaite.

Avril 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Bien choisir sa franchise

BIEN CHOISIR SA FRANCHISE

Il est essentiel pour un candidat franchisé qui souhaite entrer dans un réseau de franchise de préalablement bien s'informer afin d'étudier judicieusement les opportunités d'affaires qu'offrent cette franchise. La grande majorité des contrats de franchise sont intuitu personae, *i.e. conclu en considération de la personnalité des signataires*. Il est également fréquent que la clause intuitu personae soit non-bilatérale et, par conséquent, que le franchisé se retrouve engager jusqu'au terme du contrat, sans pouvoir ni le céder ou le transmettre à un tiers.

Par ailleurs, les relations contractuelles franchiseur/franchisé sont prévues pour être de longue durée, bien que cette dernière varie en fonction de la volonté des parties (pouvant aller de 5 à 25 ans, ou plus). Ainsi, un réseau de franchise fonctionne comme une grande famille dans laquelle le franchiseur a pour mission, indépendamment de la transmission de sa marque, d'inculquer à ses franchisés son savoir-faire et de leur apporter une assistance tout au long de la relation commerciale et ce, dans un objectif d'expansion. Les franchisés, quant à eux, s'appuient sur l'expérience et le succès du franchiseur pour mener à bien leur propre commerce.

Le choix de la « famille » repose sur le candidat franchisé, à qui nous recommandons de réaliser les études suivantes : (1) Une **auto-analyse** permettant d'évaluer ses propres compétences ainsi que ses faiblesses en fonction de son expérience et d'examiner ses objectifs. Un candidat à la recherche d'une franchise qui aurait fait ses preuves depuis des années sur le marché et qui lui assurerait un « bon » investissement, n'arrêtera pas son choix sur la même franchise que celui qui serait à la recherche de nouveauté et d'innovation, impliquant, par définition, un risque plus élevé ; (2) Une **analyse du secteur/marché visé** : le candidat doit avoir connaissance des secteurs qui l'intéressent, du niveau de la demande des produits ou services concernés par la franchise, de la présence ou non de concurrence etc. Dans cette dernière hypothèse, le candidat devra s'assurer que la demande soit assez forte pour pouvoir supporter un nouvel acteur dans le secteur ; (3) Une **analyse du franchiseur** : les facteurs importants à prendre en compte sont, entre autres, l'expérience du franchiseur, sa structure et position sur le marché, sa capacité financière, son image ou réputation, les procès éventuels auquel il serait partie, le montant et conditions de rémunération liées à l'opération de franchise ainsi que, le cas échéant, l'état des relations avec ses autres franchisés.

Le « Franchise Disclosure Document » (FDD), mis à la disposition du candidat franchisé avant la signature du contrat de franchise ou la remise d'une quelconque somme d'argent au franchiseur, est un outil indispensable qui, lorsqu'il répond aux strictes exigences légales imposées par la FTC Rule et des lois locales applicables, apporte au candidat un aperçu général et détaillé du concept franchisé qui lui est proposé (nb. le FDD contient 23 « items » et généralement forme un document complet d'environ 500 pages).

Le candidat franchisé doit pouvoir juger de la viabilité de l'opération de franchise qu'il souhaite intégrer en prenant connaissance des forces et des faiblesses de l'entreprise franchiseur, à l'aide notamment du FDD mais également en aillant recourt à des avis externes (consultants, experts, avocats, associations [Association Internationales de la

Franchise ou « IFA » etc.], agences locales …).

Une étude de l'IFA dénommée « *Franchise Business Economic Outlook for 2015* » a exposé les 10 secteurs de la franchise qui connaîtront, semble-t-il, la plus forte croissance en 2015. Les entrepreneurs intéressés par la franchise aux Etats-Unis devraient porter, entre autres, une attention toute particulière aux secteurs de l'automobile, aux entreprises de service, à l'immobilier, à la restauration rapide, au commerce de détail et à la distribution alimentaire.

Avril 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Développer un réseau de franchise aux Etats-Unis

DÉVELOPPER UN RÉSEAU DE FRANCHISE AUX ETATS-UNIS

La franchise s'est très largement développée aux Etats-Unis depuis les années 30. Le secteur de l'automobile fut le premier concerné, mais le succès de ce système est tel qu'il s'étend désormais à la restauration, à l'immobilier, au commerce de détail, aux services à la personne et aux entreprises etc.

En 2014, la franchise a connu une forte croissance, offrant d'importantes perspectives d'emploi (+1.8%) et participant de manière significative à l'augmentation du PIB du pays (+2.4%). 2015 s'avère être une année tout aussi prometteuse. L'Association Internationale de la Franchise (IFA) a en effet annoncé une augmentation de 1.6% du nombre d'établissements franchisés (781.794) par rapport à l'année précédente (769.683), générant ainsi une croissance de 5.1% du PIB dans ce secteur[1].

Des grandes Enseignes françaises ont su entamer une conquête du marché américain (ex. Le Duff, l'Occitane, Dessange) et il est certain que d'autres suivront très prochainement le même chemin. Toutefois, il est important pour ces entreprises de bien se préparer et de prendre en compte le système juridique américain qui se caractérise par un système fédéral (I), prévoyant d'importantes obligations d'information precontractuelle (II) et qui encadre la franchise de certaines règles variant d'Etats en Etats (III)

I. Encadrement de la franchise au niveau fédéral et local

Depuis le 21 octobre 1979, l'autorité de la concurrence américaine (« Federal Trade Commission » ou « FTC ») règlemente les conditions sous lesquelles une entreprise peut franchiser son concept, sur l'ensemble du territoire national. Suite à la réforme de 2007 de la « FTC Rule » (ou « Franchise Rule »), un nouveaux texte, en vigueur depuis le 1er juillet 2008, est applicable aux entreprises qui souhaitent développer un réseau de franchise.

A l'instar de la loi Doubin, la FTC Rule met à la charge du Franchiseur la divulgation d'un document d'information

précontractuelle (« Franchise Disclosure Document » ou « FDD ») au candidat franchisé[2], afin que ce dernier puisse prendre connaissance des éléments essentiels de l'opération de franchise (expérience du franchiseur, obligations contractuelles, investissement etc.).[3]

Par ailleurs, certains Etats viennent également définir les informations qui doivent être transmises au candidat franchisé avant la signature d'un éventuel contrat et/ou encadrer les relations contractuelles franchiseur/franchisé qui découleraient dudit contrat. Entre autres, dans 14 Etats il est indispensable de procéder à l'enregistrement du FDD au sein d'une agence locale. De surcroît, 19 états réglementent les relations commerciales franchiseurs/franchisés et notamment les conditions de résolution ou de renouvellement du contrat (voir point III.).

Au niveau fédéral, la FTC Rule s'applique dès lors que la relation commerciale répond à la définition de « franchise » établie par la FTC et, par conséquent, que l'on retrouve les trois critères suivants : (1) la transmission par le franchiseur d'une marque ou de tout autre symbole commercial ; (2) un contrôle significatif ou une assistance significative du franchisé à la gestion de l'entreprise ; (3) le règlement d'une somme d'un montant minimum de $500, remise par le franchisé au franchiseur.

Indépendamment de la dénomination que les parties donneraient à leur relation commerciale, dès lors que les critères susmentionnés sont remplis, le franchiseur devra se soumettre à la loi fédérale, à l'exception des opérations faisant l'objet d'une exemption[4].

II. Obligations précontractuelles du Franchiseur au niveau Fédéral

La préparation ainsi que la communication du FDD sont à la charge du franchiseur qui se définit comme « toute personne [individu, groupe, association, collaboration, société ou tout autre entité] qui accorde une franchise et participe à la relation commerciale qui en découle ». Le FDD doit être transmit à chacun des candidats franchisés, ce qui inclut « toute personne [agent, représentant ou employé] qui approche ou est approché par un franchiseur pour discuter d'une éventuelle relation franchiseur/franchisé.

Depuis 2008, la FTC Rule permet expressément au franchiseur de divulguer le FDD par tout moyen, incluant ainsi la voie électronique. Le FDD, bien que devant être rédigé par écrit, s'entend désormais comme tout document papier ou support sous forme tangible susceptible d'être lu (ex. type-set, word processed, documents transmis sous forme électronique : disque dur, CD-ROM, email ou pages Web). Un franchiseur qui choisit de communiquer le FDD par voie électronique doit respecter les conditions spécifiques énoncées par la FTC (ex. pas de vidéo ou de piste audio).

De nos jours, la transmission électronique d'un document peut s'effectuer de diverses manières. Il est important de pouvoir établir que (1) le candidat franchisé a donné son accord concernant le choix du mode de communication du FDD ; (2) le candidat franchisé a connaissance du fait qu'il peut exiger du franchiseur un document écrit ; (3) le FDD forme un seul et même document ; (4) le candidat franchisé a reçu toutes les instructions nécessaires au téléchargement et à la lecture du FDD ; et (5) il est possible d'identifier à quelle version du FDD le franchisé a eu accès et quand il y a eu accès.

La FTC Rule prévoit que le FDD, qui doit contenir 23 categories d'information, doit etre ommuniqué au candidat franchisé 14 jours (nb. dans 5 Etats [Michigan, New-York, Oregon, Rhode Island et Wisconsin] le FDD le minimum requis est de seulement 10 jours) préalablement à la signature du contrat de franchise ou au versement d'une somme d'argent au franchiseur ou à tout autre affilié lié à l'opération de franchise. Les 14 jours sont décomptés à partir de la remise du FDD. Ce n'est qu'au quinzième jour que pourra être signé le contrat ou remise une somme d'argent au franchiseur. Ainsi, le candidat franchisé bénéficie d'un total de 14 jours pour examiner et évaluer le FDD.

Ce dernier a également la possibilité de demander que le document d'information précontractuelle lui soit transmis avant la période minimale requise sans que le franchiseur ne puisse lui imposer aucun règlement. Par ailleurs, toute dépense effectuée volontairement par le candidat en relation avec l'opération de franchise (ex. étude de marché, conseils d'un avocat etc.) sont à sa charge.

7 jours supplémentaires sont accordés au candidat franchisé dès lors que le franchiseur a unilatéralement et substantiellement modifié le FDD qui a été transmis au candidat, afin qu'il puisse réexaminer le nouveau FDD. Cela ne comprend pas les modifications qui consistent à indiquer dans le document le nom, la date, l'adresse du franchisé etc. De même, les modifications effectuées à l'initiative du franchisé ne lui permettent pas de bénéficier de 7 autres jours.

III. Résolution ou renouvellement du contrat de franchise : des restrictions locales

Il n'existe pas de règlementation concernant la relation contractuelle franchiseur/franchisé au niveau fédéral. Cependant, 19 Etats régulent certains aspects de cette relation (Arkansas, Californie, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, New Jersey, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Dakota du nord, Dakota du sud, Virginie, Washington, Wisconsin).

Dans les 19 Etats mentionnés, à l'exclusion du Dakota du nord, il est interdit au franchiseur de mettre un terme au contrat de franchise s'il ne peut justifier d'un "juste motif" ("good cause"). L'insolvabilité, la faillite, l'abandon, le délit lié à l'opération de franchise ou encore l'inexécution des obligations substantielles du franchisé découlant du contrat de franchise sont considérés comme étant un « juste motif ». Le franchiseur peut alors notifier par écrit au franchisé la résolution anticipée du contrat, qui prendra effet après 30 à 120 jours selon les Etats.

Les Etats n'imposent pas d'inclure une clause de renouvellement dans le contrat de franchise. Néanmoins, dès lors qu'une telle clause a été prévue, 12 des Etats susmentionnés (Arkansas, Connecticut, Delaware, Hawaï, Iowa, Indiana, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Jersey et Wisconsin) restreignent la faculté pour le franchiseur de ne pas procéder à son renouvellement. La plupart de ces Etats considère que, tout comme il est requis pour mettre fin au contrat de franchise avant son terme, il est nécessaire que le franchiseur prouve un « juste motif » s'il ne souhaite pas le renouveler.

Par ailleurs, en Californie, Illinois, Michigan et Washington, le franchiseur doit notifier au franchisé le non-renouvellement du contrat de franchise et ce, généralement, 6 mois avant la fin du contrat. D'autres obligations ou restrictions sont également imposées (ex. obligation de non concurrence…).

Avril 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

[1] Franchise Business Economic Outlook for 2015, IFA, janvier 2015.

[2] Federal Trade Commission : http://www.ftc.gov/

[3] La rédaction du FDD est strictement encadrée par la loi fédérale (FTC Rule 24-119) ; article 16 part 436 du C.F.R.

[4] Franchise Rule, 2008, p7-16.

Article for International Franchise Sales Laws (Second Edition)

Article for Franchise Sales Book – final version

Written by Gilles Menguy and Rémi Delforge

Editors: Andrew P. Loewinger and Michael K. Lindsey

American Bar Association: Forum on Franchising

International Mergers and Acquisitions of Franchise Companies

Article “International Mergers and Acquisitions of Franchise Companies” for the International Journal of Franchising Law, Volume 13-issue-5-2015.

Written by Jeffrey A. Brimer, Beata Krakus and Gilles Menguy

International Mergers and Acquisitions of Franchise Companies

---

Lecture avisée du document d’information précontractuelle et du contrat de franchise

LECTURE AVISÉE DU DOCUMENT D’INFORMATION PRECONTRACTUELLE ET DU CONTRAT DE FRANCHISE

Investir dans une franchise n’est pas une décision qui se prend du jour au lendemain : cela nécessite une bonne réflexion et un travail au préalable. En effet, intégrer un réseau de franchise est un investissement qui suppose généralement de la part du franchisé un investissement de plusieurs centaines de milliers de dollars. Il faut donc qu’il prépare méticuleusement son entrer dans le réseau afin d’optimiser les chances de réussite de son commerce. L’étape la plus importante du processus est la lecture et la compréhension du document d’information précontractuelle (« Franchse Disclosure Document » ou « FDD ») avant la signature du contrat de franchise ou le

paiement d'une somme d'argent (I) ; De même, il convient de porter une attention particulière au contrat de franchise (II).

I. Compréhension du FDD

Le FDD est un document d'information précontractuelle complet et détaillé de 23 « items », que le franchiseur a l'obligation de transmettre au candidat franchisé au moins 14 jours avant tout engagement, afin que le candidat puisse examiner les opportunités d'affaires que présente la franchise. La lecture du FDD peut parfois sembler fastidieuse (il est courant que le FDD contienne des centaines de pages) néanmoins il est conseillé de ne pas négliger une analyse intégrale dudit document afin de juger de la viabilité du réseau et du projet de développement.

Entre autres, le FDD expose les données suivantes :

(1) **Identité et Origine du Franchiseur** : Informations relatives à l'entreprise ; étapes les plus importantes de son développement ; indication des différentes structures sous lesquelles opère la société (maison mère, filiales, affiliés, distributeurs, franchisés etc.). Bien que basique, ce premier item doit vous permettre de comprendre l'organisation de l'entreprise. Dans le cas contraire, vous risquez de vous confronter à un FDD brouillon et peu compréhensible.

(2) **Expérience de l'entreprise et de ses dirigeants** : Cet item vous permet d'évaluer les compétences et connaissances du secteur visé du ou des différents dirigeants. Il est recommandé de privilégier une relation commerciale avec ceux qui ont déjà eu à gérer un réseau de franchise ou, du moins, qui n'ont pas eu de difficultés dans le passé amenant une entreprise à la liquidation judiciaire.

(3) **Litiges** : Vous prenez connaissances des différents litiges auxquels sont partis l'entreprise et ses dirigeants. Par ailleurs, cet item vous indique si le franchiseur a entamé une action en justice à l'encontre d'un ou plusieurs de ses franchisés au cours de l'année précédente. Soyez attentif aux éventuelles actions engagées à l'encontre de la société ou de ses dirigeants (fraudes, actions collectives etc.) qui pourraient conduire, le cas échéant, au redressement de l'entreprise.

(4) **Faillite** : Généralement l'audit réalisé au préalable vous indique l'état financier de l'entreprise.

(5) (6) et (7) **Droit d'entrée, redevances et investissement initial** : Le droit d'entrée est le paiement initial qui vous permettra d'intégrer le réseau. Il est possible que ce prix fasse l'objet d'une négociation. Les redevances sont généralement calculées sur la base du chiffre d'affaires mensuel réalisé par le franchisé et peut également inclure le cout « marketing » et autres dépenses à vos charges tout au long de la relation commerciale. L'item 7 mentionne l'investissement financier nécessaire à l'ouverture et au bon fonctionnement de la franchise. Il est conseillé de ne pas présumer que l'investissement indiqué dans l'item 7 est suffisant pour maintenir votre commerce avant que vous ayez pu commencer à faire des bénéfices. Contactez les membres du réseau afin de savoir combien de temps leur ont été nécessaire pour que leur business soit rentable. N'hésitez pas à examiner ces items avec un expert-comptable.

(8) **Restrictions relatives à l'approvisionnement** : Le franchiseur s'assure de la qualité des produits vendus ou des services fournis en se convertissant lui-même en centrale d'achat ou en centrale de référencement, ce qui vous permettra d'avoir accès à la liste des fournisseurs habilités par le franchiseur. Assurez-vous auprès des autres franchisés que les prix négociés avec les fournisseurs sont dans votre meilleur intérêt.

(9) **Obligation du franchisé** : Sont listées vos obligations contractuelles en faisant référence au contrat de franchise ainsi qu'à l'ensemble du FDD. Attention aux incohérences entre le FDD et vos obligations contractuelles.

(10) **Finances** : Cet item vous permet de savoir si le franchiseur met à la disposition de ses franchisés certaines ressources financières (ex : prêts) ou bien s'il dispose d'accords spécifiques avec des créditeurs souhaitant participer au financement de l'opération. N'oubliez pas qu'emprunter de l'argent à votre franchiseur vous contraint de la même façon que si vous aviez emprunté à une banque.

(11) **Assistance, publicité, système informatique et formation** : Cette partie détaille les services fournis par le franchiseur tout au long de votre relation commerciale. Soyez tout spécialement prudent quant au vocabulaire employé par le franchiseur. En effet, des expressions telles que « si besoin » ou « à notre discrétion » laisse supposer que vous n'aurez pas accès à ces services. Par ailleurs, sachez différentier la publicité qui saura vous être bénéfique et celle qui bénéficiera exclusivement au franchiseur.

(12) **Territoire** : La nécessité ou non d'une exclusivité territoriale découle de la nature de la franchise : par exemple, un commerce de détail a besoin que lui soit garanti qu'aucun autre point de vente ne soit ouvert dans un secteur déterminé. Une franchise de service, de son côté, requiert 5 à 10 franchisés dans un même zone géographique.

(13) et (14) **Propriété intellectuelle** : droits de marque et droits d'auteur déposés par le franchiseur. Attention aux enseignes qui n'ont pas fait l'objet d'un dépôt auprès des institutions correspondantes.

(15) **Obligation du franchisé de participer à l'opération de franchise** : Le franchiseur veut s'assurer que ses franchisés se consacreront entièrement à la franchise et emploieront tout leur temps ainsi que leurs efforts à la bonne gestion de chaque commerce. Certains franchiseurs acceptent que le franchisé soit passif et engage un gérant à sa place, d'autres imposent que le commerce soit géré par le franchisé lui-même.

(16) **Restrictions sur les ventes** : Cet item vous indique que vous pouvez vendre uniquement les produits ou services autorisés par le franchiseur. Méfiez-vous des listes trop restreintes qui peuvent se convertir en handicap pour votre commerce.

(17) **Renouvellement, fin du contrat, cession et règlement des différends** : Aperçu de la relation Franchiseur/franchisé avec référence au contrat de franchise, indiquant les conditions de renouvellement (Tentez de garder un maximum des conditions financières de votre premier contrat si vous décidez de renouveler votre relation commerciale), de résolution et de cession du contrat, ainsi que les moyens et le lieu de règlement des différends (si la juridiction retenue est celle du domicile du franchiseur cela pourra être très désavantageux pour le franchisé).

(18) : **Marché public**.

(19) **Performances financières** : Cet item permet au franchiseur, s'il le souhaite, de faire état des performances financières de ses franchisés. Les données fournis doivent s'appuyer sur des informations sincères et représentatives de l'état financier actuel des franchisés.

(20**) Information sur les points de vente et franchises du réseau** : Nombre de franchises ouvertes, cédées et liquidées au cours des trois dernières années, ce qui vous permet de juger de la croissance ou non du réseau. La partie la plus importante est la liste détaillant les franchisés du réseau et anciens membres qu'il est conseillé de contacter afin que le candidat puisse se faire son propre avis sur le système proposé. La fermeture d'un grand nombre de points de vente doit vous alerter sur la viabilité du réseau.

(21) **Etat Financier** : Les Audits financiers qui vous permettent d'identifier si le franchiseur est stable financièrement.

(22) et (23**) Contrat et réception** : Cet item contient le contrat de franchise que vous allez être amené à signer ainsi que le reçu du FDD. Il est essentiel que vous preniez correctement connaissance du contrat de franchise et que vous examiniez chacune de ces clauses.

II. Etude du contrat de franchise

Après la lecture du FDD qui aura permis au candidat de se rendre compte des opportunités d'affaires offertes par la franchise (en se fondant, entre autres, sur les informations relatives à l'expérience de l'entreprise, l'état du réseau et financier du franchiseur), il est temps pour ce dernier de bien étudier le contrat de franchise avant de s'engager.

Considérez votre contrat de franchise comme un contrat à durée déterminée dont vous ne pourrez pas en principe sortir avant le terme. Vous devez impérativement le comprendre avant de signer. Voici quelques indications qui ont vocation de vous assister dans cette tâche :

(1) **La majorité des contrats de franchise envisagés avec des grandes enseignes sont « non-négociables »** : Un candidat franchisé aura tendance à porter son choix sur une franchise déjà bien implantée sur son marché et qui a su mettre sur pied un système stable et rentable pour son réseau. Ces franchises généralement fonctionnent avec le même schéma contractuel pour tous leurs franchisés. Ce sont des contrats « standards » qu'il est rare de pouvoir renégocier. Néanmoins, il est possible pour le candidat d'adresser une lettre au franchiseur afin que ce dernier clarifie certaines clauses ou termes du contrat.

(2) La faculté de négocier sur des obligations substantielles du contrat est un élément qui doit vous alerter : Cela semble être dans votre intérêt compte tenu du fait que la plupart des franchiseurs n'offrent pas une telle opportunité au candidat franchisé. Si vous avez la possibilité de négocier certains termes du contrat n'hésitez pas à prendre conseils auprès d'un professionnel spécialisé dans le domaine. Cependant si tout le contrat est sujet à négociation vous devez vous interroger sur la confiance que porte le franchiseur en son réseau, sa marque et son système de développement.

(3) **Le contrat de franchise est par nature déséquilibré**: Tout lecteur, même non avisé, se rendra compte que le contrat a été rédigé du point de vue du franchiseur. Cela peut sembler déséquilibré et injuste compte tenu du fait qu'il est peu probable que le franchisé puisse négocier par la suite néanmoins cela s'inscrit dans une dynamique de protection de l'ensemble du réseau. La viabilité du réseau sera bénéfique tant au franchiseur qu'à ses franchisés, il faut donc apprécier le contrat dans son ensemble, notamment en ce qui concerne la marque et l'intégrité du réseau.

(4) **Obligations « de faire » du franchisé** : A la première lecture du contrat vous constaterez sûrement que le contrat renferme un nombre important d'obligations mais n'oubliez pas que l'objectif recherché est le succès de votre commerce. Ce sont des lignes directrices qui vous permettront d'atteindre cet objectif. Il est également recommandé de faire appel à un professionnel qui pourra vous indiquer si ces obligations sont disproportionnés et bénéficient majoritairement au franchiseur.

(5) **Obligations de « ne pas faire » du franchisé** : Le contrat contient également un certain nombre de règles qui restreignent le franchisé que ce soit lors de la période contractuelle ou post-contractuelle. Par exemple, la clause de non-concurrence qui s'explique par le fait qu'une fois sorti du réseau, le franchiseur tient à protéger son savoir-faire.

En conclusion, il est vrai que le modèle de franchise a un succès certain aux Etats-Unis et qu'il est tentant pour un entrepreneur de se lancer dans ce type de relation plutôt que de se risquer à monter son propre commerce qui

n'aura pas été testé au préalable. Néanmoins, toutes les franchises ne donnent pas les résultats espérés et certains réseaux ont bien du mal à rester sur le marché. C'est pourquoi un candidat franchisé devra bien s'informer sur l'état du réseau actuel, notamment, en prenant en compte les données fournis par le FDD (voir les 23 items ci-dessus) et le contrat de franchise qui ne doit pas être négligé.

Février 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com